

Zur Ermittlung ausländischen Rechts nach der deutschen Zivilprozeßordnung

Eberhard SCHILKEN*

Im Gegensatz zu den Tatsachen, die im Rahmen der Verhandlungsmaxime im deutschen Zivilprozeß von den Parteien beizubringen sind, gehört die Heranziehung der für die Entscheidung des Falles erforderlichen Rechtsnormen zu den richterlichen Aufgaben, auf die die Parteien keinen bestimmenden Einfluß haben. Für die Auswahl, Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen gilt der Satz: *iura novit curia*.¹⁾ Die ZPO erwartet den Richter, der das Recht kennt oder doch wenigstens aufgrund seiner Ausbildung im notwendigen Umfang selbständig ermitteln kann; das muß auch für sehr spezielle und schwierige deutsche Rechtsnormen gelten.

Dieser Grundsatz findet aber eine Grenze bei der Ermittlung ausländischen Rechts,²⁾ die in § 293 ZPO beschrieben ist. Die Vorschrift wirft eine Reihe von Zweifelsfragen auf, die sich teilweise auch in Meinungsstreitigkeiten niedergeschlagen haben. Im zeitlich begrenzten Rahmen meines Vortrages kann ich nur eine grundsätzliche Frage behandeln, die die Qualität des nach § 293 ZPO zu erhebenden Rechtsbeweises und die daran zu stellenden Anforderungen betrifft. Auf andere Probleme kann ich lediglich hinweisen, will aber wenigstens etwas näher auf die besondere Konfliktlage beim einstweiligen Rechtsschutz eingehen.

Zunächst muß ich aber im ersten Teil meines Vortrages den Beweisgegenstand des § 293 ZPO skizzieren, um dann im zweiten Teil unter dem Stichwort „Art der Ermittlung“ die eigentliche Problemstellung zu diskutieren, die sich mit dem Stichwort „Strengbeweis oder Freibeweis“ grob bezeichnen läßt.

A. Beweisgegenstand des § 293 ZPO

§ 293 Satz 1 ZPO bestimmt, daß das in einem anderen Staate geltende Recht, ferner die Gewohnheitsrechte und die Statuten des Beweises nur insofern bedürfen, als sie dem Gericht unbekannt sind. Aus der Vorschrift läßt sich im Umkehrschluß ableiten,

* Professor of Bonn University in Germany

1) S. dazu nur Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, § 78 II, § 133 II 4; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 1996, RdNr. 621 ff.; Schilken, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 2000, RdNr. 346, 475.

2) S. etwa Kindl, ZZP 111 (1998), 177, 179; MünchKommZPO/Prütting, 2. Aufl. 2000, § 293 RdNr. 2 ff.; Spickhoff, ZZP 112 (1999), 265, 266.

welche Bereiche des Rechts der deutsche Richter auch ohne Beweisaufnahme kennen muß.

Dazu gehört zunächst das inländische Gesetzesrecht, und zwar richtiger aber umstrittener Ansicht nach nicht nur förmliche Gesetze, sondern im Hinblick auf § 12 EGZPO jede Rechtsnorm.³⁾ Die Reichweite des „iura novit curia“ umfaßt natürlich in erster Linie das Bundesrecht. Andererseits ist sie aber hinsichtlich sonstiger Normen entgegen teilweise vertretener Auffassung⁴⁾ nicht auf das im Gerichtsbezirk geltende Recht beschränkt, sondern erstreckt sich auch im Hinblick auf § 6 Abs. 2 DRiG betr. Befähigung zum Richteramt in jedem deutschen Bundesland auf das Landesrecht im gesamten Bundesgebiet.⁵⁾ Diese Interpretation erhielt übrigens eine gewisse aktuelle Bedeutung für das Recht der ehemaligen DDR, soweit es nach Art. 9 Abs. 1 des Einigungsvertrages als Landesrecht übernommen wurde. Früher wurde das Recht der DDR unbeschadet der politischen Einordnung als ausländisches Recht im Sinne des § 293 ZPO qualifiziert. Soweit aber nach dem Beitritt eine analoge Anwendung des § 293 ZPO auf fortgeltende DDR-Normen befürwortet wurde, ist dem nicht zu folgen.⁶⁾ § 293 ZPO erzwingt vielmehr eine formelle Abgrenzung von inländischem und ausländischem Recht.

Unmittelbar geltendes inländisches Recht oder jedenfalls diesem gleichgestelltes Recht ist im übrigen auch das Völkerrecht und das Recht der Europäischen Gemeinschaften.⁷⁾ Demgegenüber gilt für die Ermittlung des Rechts anderer Staaten der Europäischen Union die Vorschrift des § 293 ZPO. Auf die neuerdings diskutierte Frage, ob die derzeitige Regelung des § 293 ZPO womöglich mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages unvereinbar ist, kann ich nicht näher eingehen: Die dahingehende Ansicht,⁸⁾ die aber meiner Ansicht nach zu weit geht, weil § 293 ZPO keine schwerwiegenden Beeinträchtigungen bewirkt, hätte zur Folge, daß die deutschen Gerichte § 293 ZPO gemeinschaftsrechtskonform auslegen müßten und namentlich die Parteien nicht mit den Kosten zur Ermittlung des (EU-) ausländischen Rechts (z.B. durch Sachverständigengutachten) belasten dürften.

Ausländisches Recht ist nach § 293 Satz 1 ZPO des Beweises bedürftig, wenn es dem Gericht unbekannt und für den zu entscheidenden Fall beachtlich ist. Über die Bedeutung des Ausdrucks „Beweis“ in diesem Zusammenhang herrscht jedoch Unklarheit. Es wird die Frage aufgeworfen und unterschiedlich beantwortet, ob Rechtsnormen überhaupt Gegenstand eines Beweises im prozessualen Sinne sein können.⁹⁾

3) MünchKommZPO/Prütting, § 293, RdNr. 7 ff. m.w. Nachw.

4) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 58. Aufl. 2000, § 293 RdNr. 2.

5) MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 8.

6) MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 21; Spickhoff, ZZP 111, 268.

7) MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 9 f.; Schütze, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, 1992, S. 93 ff.

8) Ausführlich Schwartze, Festschrift für Fenge, 1996, S. 127 ff., insbes. S. 140 ff., m.w. Nachw.

9) Dazu eingehend Kindl, ZZP 111, 179 f.; Spickhoff, ZZP 112, 286 ff., jeweils m.w. Nachw.; s. ↗

Beweis wird gemeinhin als die Tätigkeit definiert, die dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung beschaffen soll.¹⁰⁾ Sowohl der Wortlaut der Kollisionsnormen als auch derjenige des § 293 ZPO gehen davon aus, daß auch ausländisches Recht keine Tatsache, sondern „Recht“ ist: Die Kollisionsnormen verweisen auf das Recht eines anderen Staates, § 293 ZPO spricht von dem in einem anderen Staate geltenden Recht.

Die Qualifikation des ausländischen Rechts als „Recht“ und nicht als Tatsache besagt aber für sich genommen noch wenig über seine prozessuale Handhabung.¹¹⁾ Zwar ist es damit aus dem Tatsachenbegriff des Beweisrechts eliminiert, doch folgt daraus nicht zwingend, daß deshalb eine prozessuale Behandlung wie eine zu beweisende Tatsache ausscheidet. Insoweit ist zwar zu beachten, daß das Charakteristikum einer Norm weniger in ihrer äußerlichen Existenz, als in dem ihr innewohnenden Gedanken zu sehen ist, den es nachzuvollziehen gilt. In beiden Bereichen weisen aber auch Rechtssätze durchaus Aspekte auf, die das Prozeßrecht sonst für Tatsachen bereithält. Verkündung und Wortlaut des ausländischen Rechts z.B. sind Tatsachen, die durch Urkundenbeweis zu belegen sind, Inhalt und Auslegung ausländischen Rechts sind Umstände, die insbesondere durch Sachverständigenbeweis nachgewiesen werden können.

Angesichts der gesetzlichen Anordnung des § 293 ZPO kann also auch eine Rechtsnorm Gegenstand eines Beweises sein, obwohl sie keine Tatsache im engeren Sinne des Beweisrechts darstellt. Teilweise wird für die fehlende Beweisqualität des ausländischen Rechts¹²⁾ noch angeführt, daß es keine Behauptungslast und objektive Beweislast gebe und daß ein Geständnis nicht möglich sei. Beweis betrifft jedoch die Gewinnung einer bestimmten Information über den zu beweisenden tatsächlichen oder rechtlichen Umstand, er ist gerichtet auf Bildung einer Überzeugung, wie sie durchaus auch bei der Ermittlung ausländischen Rechts möglich ist. Die Frage, wie im Falle der Nichterweislichkeit einer Information zu verfahren ist, hat demgegenüber mit der Art der Gewinnung nichts zu tun, sondern betrifft das Problem der Entscheidungsfindung bei fehlgeschlagener Beweisgewinnung. Auch die mangelnde Geständnisfähigkeit ausländischen Rechts spricht nicht gegen die Beweisqualität, sondern betrifft den vorgelagerten Bereich der Beweisbedürftigkeit.

Der Umstand, daß ausländisches Recht vor deutschen Gerichten nicht zur Tatsache wird, sondern seinen Charakter als Recht behält, ändert also an seiner Beweiszugänglichkeit nichts: In den Grenzen des 293 ZPO sind die ausländischen Rechtsnormen Gegenstand prozessualen Beweises, nämlich dann, wenn sie dem Richter unbekannt sind.

↘ auch schon Arens, Festschrift für Zajtay, 1982, S. 7 f.

10) S. nur Schilken, RdNr. 463.

11) Zum Folgenden ausführlich Spickhoff, a. a. O. (Fn. 9).

12) Dagegen z.B. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 293 RdNr. 6; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 14. Wie hier insbes. Arens (Rn. 9), S. 8 f.; Rödig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 112 ff.

B. Art der Ermittlung

Es gilt nun zu untersuchen, in welchen Formen sich die Ermittlung des ausländischen Rechts vollziehen kann.

Hierbei ist einerseits bedeutsam, daß ausländisches Recht nach § 293 Satz 1 ZPO des Beweises nur bedarf, soweit es dem Gericht unbekannt ist. Andererseits bestimmt § 293 Satz 2 ZPO, daß das Gericht bei der Ermittlung solcher Rechtsnormen auf die von den Parteien beigebrachten Beweise nicht beschränkt, sondern befugt ist, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und das dazu Erforderliche anzuordnen.

Aus dieser Anordnung wird weithin gefolgert, daß sich die Ermittlung von Rechtssätzen im Rahmen des § 293 ZPO je nach Ermessensausübung des Gerichts innerhalb oder außerhalb des Verfahrens vollziehe und auch bei einer Benutzung von „Beweismitteln“ sich diese Beweismittel einer klaren Systematik entzögen.¹³⁾ Teilweise, insbesondere in der Rechtsprechung, wird immerhin eine Einteilung in Strengbeweis und Freibeweis je nach Wahl des Beweisverfahrens postuliert;¹⁴⁾ teilweise hält man auch das nicht für korrekt, weil insbesondere bei rein interner Informationseinholung durch das Gericht nicht einmal von Freibeweis die Rede sein könne.¹⁵⁾ Ich will im Folgenden in einer freilich zeitbedingt knappen Darstellung die These untermauern, daß es sich beim Beweisverfahren nach § 293 Satz 2 ZPO insgesamt um Freibeweis handelt;¹⁶⁾ das hat auch durchaus konkrete praktische Konsequenzen.

I. Richterliches Selbststudium

Wenn § 293 Satz 1 ZPO feststellt, daß fremdes Recht des Beweises nur bedürfe, soweit es dem Gericht unbekannt sei, so stellt das Gesetz klar, daß vorhandenes Wissen des Gerichts der Entscheidung ohne weiteres, d.h. aber ohne Beweisverfahren zugrundegelegt werden darf. Richtiger Ansicht nach kann es dabei auch keinen Unterschied machen, ob dieses Wissen schon von vornherein und in vollem Umfang besteht oder ob es erst aus Anlaß des Prozesses erworben wird, wie es in der deutschen Prozeßpraxis in bestimmten Rechtsbereichen nicht selten vorkommt. Namentlich im Familienrecht und im

13) S. etwa MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 32; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1377, 1379, 1380; Zeiss, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1997, RdNr. 430.

14) Arens (Fn. 9), S. 8f.; von Bar, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 1987, RdNr. 375; Musielak/Huber, Zivilprozeßrecht, 1999, § 293 RnNr. 4 ff.; Spickhoff, ZJP 112, 274; Stein/Jonas/Leipold, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1996, § 293 RdNr. 36 ff.; Zöller/Geimer, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1999, § 293 RdNr. 20 f.; im Ergebnis wohl auch MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 31 f.; Schack, RdNr. 629 ff. Aus der Rechtsprechung s. z.B. BGH NJW 1961, 410, 411; NJW 1975, 2142, 2143; NJW 1976, 1581, 1583; NJW 1994, 2959, 2960.

15) Vgl. etwa Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 293 RdNr. 6; offen Otto, IPrax 1995, 299, 303 f.

16) Ebenso wohl Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 22. Aufl. 1999, § 293 RdNr. 4.

Erbrecht, zunehmend aber auch auf anderen Rechtsgebieten stehen Sammelwerke und zum Teil bereits Datenbanken zur Verfügung, die ein Selbststudium ermöglichen.¹⁷⁾ Auch die Heranziehung eines solchen durch Literaturstudium erworbenen Wissens zu dem Zweck, sich Gewißheit über die Rechtslage zu verschaffen, ist keine Beweiserhebung; sie entspricht vielmehr der Vorgehensweise bei der Anwendung deutschen Rechts, das dem Gericht bekanntlich durchwegs auch nicht ständig und komplett präsent ist. Der Grundsatz „lura novit curia“ ist insofern ja letztlich keine Feststellung, sondern das den Richter treffende Gebot, das Recht als Entscheidungsgrundlage zu kennen oder sich entsprechende Kenntnis zu verschaffen. In einem derartigen richterlichen Selbststudium ausländischen Rechts liegt also kein Beweisverfahren, sondern es handelt sich um einen internen Vorgang.¹⁸⁾ Die Konstellation läßt sich, wenn man sie unter Beweiskategorien des Tatsachenbeweises betrachtet, am ehesten mit der Offenkundigkeit von Tatsachen vergleichen, die nach § 291 ZPO keines Beweises bedürfen; dabei wird die Gerichtskundigkeit nach deutschem Recht als Unterfall der Offenkundigkeit behandelt. Kenntnis ausländischen Rechts und richterliches Wissen um offenkundige Tatsachen haben gemeinsam, daß ein Beweisverfahren gerade nicht stattfindet.

II. Beweiserhebung

Soweit das selbständige Erforschen der Rechtslage nicht (in vollem) Umfang möglich ist, kommt eine Beweiserhebung nach § 293 Satz 2 ZPO in Betracht.

1. Beweisbedürftigkeit ausländischen Rechts

Aus der Anordnung, daß das Gericht an die von den Parteien „beigebrachten“ Nachweise nicht gebunden ist, ergibt sich zunächst, daß in diesem Bereich nicht der für die Tatsachen maßgebliche Beibringungsgrundsatz (Verhandlungsgrundsatz), sondern der Amtsermittlungsgrundsatz gilt.¹⁹⁾ Das Gericht muß das ausländische Recht von Amts wegen ermitteln und anwenden; insoweit steht ihm auch kein Ermessen zu.

Die in § 293 S. 2 ZPO ausgesprochene „Befugnis“ des Gerichts, zur Ermittlung ausländischen Rechts andere Erkenntnisquellen (als die von den Parteien beigebrachten Beweismittel) zu benutzen, wird nur auf die Art der Ermittlung, nicht aber auf das „Ob“ der Feststellung bezogen.²⁰⁾ Das ist schon deshalb zutreffend, weil die Beweisbedürftigkeit

17) S. dazu etwa Heldrich, Festschrift für Nakamura, 1996, S. 244 ff.; Kindl, ZZP 111, 186 f.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 24; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1379; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 37 f.

18) MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 24; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1379; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 37.

19) BGH NJW 1980, 2022, 2024; NJW 1984, 2763, 2764; ständige Rechtsprechung. Auch im Schrifttum unstreitig, s. nur Küster, RIW 1998, 275; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 12; Otto, IPrax 1995, 299, 301 ff.; Schack, RdNr. 626; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 32.

20) Fastrich, ZZP 97 (1984), 423, 425; Kindl, ZZP 111, 180 m.w. Nachw.

ausländischen Rechts nicht in Satz 2, sondern in § 293 S. 1 ZPO geregelt ist: Die Ermittlung ist danach geboten, soweit das Recht dem Gericht unbekannt ist. Letztlich entspricht dies dem Grundsatz des „iura novit curia“ im angesprochenen Sinne.

Aufgabe des Gerichts ist es demnach, das ausländische Recht inhaltlich zu ermitteln, und zwar so, wie es in dem fremden Staat ausgelegt und angewendet wird. Die Parteien können zwar hierzu Beweise beibringen, wie sich aus § 293 S. 2, 1. Halbsatz ZPO ergibt, müssen es aber nicht: Es trifft sie keine entsprechende Beweisführungslast (subjektive Beweislast).²¹⁾ Abzulehnen sind daher gelegentliche Tendenzen in Rechtsprechung und Schrifttum, den Parteien Mitwirkungspflichten bei der Ermittlung des ausländischen Rechts (z.B. durch entsprechende Auflagenbeschlüsse) aufzugeben und diese gar mit einer entsprechenden Anwendung der Präklusionsvorschriften der ZPO zu sanktionieren.²²⁾ Mangels Geltung des Beibringungsgrundsatzes und fehlender Tatsachenqualität des ausländischen Rechts kann auch die Geständnisfunktion des deutschen Versäumnisverfahrens richtiger Ansicht nach keine Anwendung finden.²³⁾ Freilich ermöglicht § 293 S. 2 ZPO im Rahmen des richterlichen Ermessens bei der Ermittlung des fremden Rechts eine Annäherung an bestimmte Konsequenzen des Beibringungsgrundsatzes.

2. Art der Ermittlung ausländischen Rechts

Über das „Wie“ der Ermittlung des ausländischen Rechts wird dem Gericht nämlich durch § 293 Satz 2 ZPO nach nahezu allgemeiner Auffassung ein Ermessen eingeräumt, das die Möglichkeit einer formlosen Beweiserhebung einschließt.²⁴⁾ Ob das die Verwendung des Begriffes „Freibeweis“ rechtfertigt, der neben den ebenfalls möglichen Strengbeweis trete, ist jedoch umstritten.²⁵⁾ Die Antwort hängt davon ab, welche Möglichkeiten dem Gericht zur Verfügung stehen und ob es bei Wahl eines in der ZPO geregelten Beweismittels d.i. in der Praxis das Sachverständigengutachten an die hierfür vorgeschriebenen Förmlichkeiten gebunden ist.

a) Übereinstimmender Sachvortrag

Ein Ermessensspielraum kann sich für das Gericht bezüglich der Ermittlung des fremden Rechts freilich schon dadurch ergeben, daß die Parteien zum Inhalt des

21) BGH NJW 1961, 410 f.; NJW 1982, 1215, 1216; Heldrich (Fn. 17), S. 244 m.w. Nachw.; Kindl, ZZP 111, 180; Otto, IPrax 1995, 299, 302.

22) S. dazu etwa Spickhoff, ZZP 112, 272 ff. m. umfangr. Nachw.; zu Recht abl. z.B. MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 51 ff. m.w. Nachw.

23) Anders OLG München NJW 1976, 489 m. abl. Anm. Küppers; wie hier aber ansonsten die allg. Meinung, s. nur Spickhoff, ZZP 112, 273 m.w. Nachw.

24) S. etwa BGH NJW 1975, 2142, 2143; NJW 1984, 2763, 2764; NJW 1987, 1145, 1146; NJW 1988, 647; NJW 1991, 1418, 1419; Arens (Fn. 9), S. 9; Kindl, ZZP 111, 182 ff. m. umfangr. Nachw.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 49; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1379 ff.; Spickhoff, ZZP 112, 273.

25) S. die Nachw. oben Fn 14 und 15; abl. z.B. Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962, S. 181; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113 III Fn. 16 m.w. Nachw.

anwendbaren ausländischen Rechts übereinstimmend vortragen.²⁶⁾ Dieser Vortrag bewirkt zwar keine Vermutung der Richtigkeit, wie teilweise angenommen wird, und erst recht keine Bindung des Gerichts; § 293 S. 2 1. Halbsatz ZPO läßt aber zu, daß das Gericht sich auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise und in Konsequenz dessen auch auf übereinstimmenden Vortrag beschränkt, wenn keine Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit bestehen. Diese Möglichkeit wird man allerdings auf solche Rechtsbereiche beschränken müssen, in denen das Kollisionsrecht Parteiautonomie gewährt, während in zwingenden Bereichen (insbesondere im Sachen-, Familien- und Erbrecht) eine richterliche Überprüfung geboten ist.²⁷⁾

b) Einholung einer Rechtsauskunft

Eine nach § 293 Satz 2 ZPO benutzbare Erkenntnisquelle ist die Einholung in- oder ausländischer Auskünfte von Privatpersonen oder auch Behörden.²⁸⁾ Bei Auskünften inländischer Stellen (z.B. rechtswissenschaftliche Universitätsinstitute, Max-Planck-Institut) besteht keine Formenbindung aufgrund der ZPO, so daß man von einem Freibeweis sprechen kann. Entsprechendes gilt für Anfragen an ausländische diplomatische Vertretungen oder auch an deutsche diplomatische Vertretungen im betreffenden Ausland. Freilich wird man im Hinblick auf die richterliche Ermessensausübung sagen müssen, daß ein derart formloses Verfahren nur bei einfach gelagerten, kurz und eindeutig zu beantwortenden Rechtsfragen in Betracht kommen kann; bei schwierigeren Fragen kann sich die formlose Kurzauskunft als ermessensfehlerhaft darstellen.²⁹⁾ Manche halten sie sogar deshalb für unzulässig, weil das Gericht auf diese Weise die Normen des Strengbeweises über das Sachverständigengutachten unterlaufen könne. Darauf komme ich nochmals zurück; ich bin nicht dieser Auffassung.

Ähnliches gilt für an (andere) ausländische Stellen gerichtete Auskunftersuchen, für die allerdings einerseits das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen und andererseits die Rechtshilfeordnung für Zivilsachen bedeutsam sind.

c) Europäisches Rechtsauskunftsübereinkommen

Mit Beitritt der BRD zum Europäischen Übereinkommen vom 7. 6. 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, in Kraft seit dem 19. 3. 1975, wurde ein staatsvertraglich vereinbartes Verfahren zur formlosen Rechtsermittlung nach § 293 ZPO zur Verfügung gestellt.³⁰⁾ Das Übereinkommen nebst dem Ausführungsgesetz vom 5. 7. 1974

26) S. zum Folgenden etwa BAG MDR 1975, 874, 875; Heldrich (Fn 17), S. 244 f.; Kindl, ZZP 111, 184 m. w. Nachw.; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1380; Spickhoff, ZZP 112, 273 f. Zur Berücksichtigung von den Parteien angebotener Beweismittel s. auch BGH NJW-RR 1997, 1154.

27) Zutreffend Spickhoff, ZZP 112, 274; vgl. auch ders., Richterliche Aufklärung und materielles Recht, 1999, S. 71 ff.

28) S. dazu näher Kindl, ZZP 111, 187 f.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 26; Schack, RdNr. 631; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1379; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 39.

29) Wie hier insbes. Kindl, ZZP 111, 187 f.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 26.

30) S. dazu näher Heldrich (Fn. 17), S. 246 f.; Kindl, ZZP 111, 187; MünchKommZPO/Prütting, § 293

enthält diverse Bestimmungen über das Vorgehen im einzelnen. So müssen die Punkte, über die Auskunft gewünscht wird, möglichst genau angegeben werden. Wenngleich das Ersuchen auf die Mitteilung abstrakter Rechtssätze gerichtet ist, ist doch eine Darstellung des Sachverhalts mit den Angaben erforderlich, die zum Verständnis des Ersuchens und zu seiner genauen und richtigen Beantwortung erforderlich sind (§ 4 I und II des Übereinkommens). Den Inhalt der stets schriftlichen Antwort legt Art. 7 des Übereinkommens fest: Sie hat das ersuchende Gericht in objektiver und unparteiischer Weise über das Recht des ersuchten Staates zu unterrichten. Das geschieht nach Umständen des Falles durch Mitteilung des Wortlautes der einschlägigen Gesetze und Verordnungen, einschlägiger Gerichtsentscheidungen, erforderlichenfalls auch ergänzender Unterlagen wie Auszügen aus dem Schrifttum und aus den Gesetzesmaterialien, evtl. auch weiterer erläuternder Bemerkungen.

Es ist umstritten, ob nach diesem Übereinkommen auch Auskünfte solcher Personen und Stellen eingeholt werden dürfen, die mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu der angefragten Rechtslage beauftragt werden könnten. Gegen die Einholung einer solchen Auskunft wird vor allem eingewandt, daß damit die förmlichen Regeln über die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterlaufen und die verfahrensmäßigen Rechte der Parteien beeinträchtigt werden könnten.³¹⁾ Bedeutsam sei in diesem Zusammenhang vor allem § 4 des Ausführungsgesetzes zu dem Übereinkommen: Danach ist nämlich die Vernehmung der Person zum Zwecke der Erläuterung oder Ergänzung der Antwort nicht zulässig, die das Auskunftersuchen in dem ersuchten Staat bearbeitet hat. Die Frage, ob eine solche Auskunftsperson wie ein Sachverständiger nach den Vorschriften der ZPO auf Antrag der Parteien zu laden sei und somit die Regeln des Strengbeweises insbesondere § 411 Abs. 3 ZPO gelten, stellt sich in diesem Verfahren nicht. Indessen ist zu bedenken, daß die Art des Beweisverfahrens insgesamt im Ermessen des Gerichts steht, für das es nur darum gehen kann, sich die erforderliche Rechtskenntnis auf geeignetem Wege zu verschaffen. Es mag sein, daß in besonderen Fällen etwa bei schwierigen Rechtsfragen aus völlig fremden Rechtsordnungen, wo schon die Formulierung der abstrakten Rechtsfrage unmöglich ist und daher nur eine Übersendung der Akten zur Begutachtung übrig bleibt das Ermessen des Gerichts dahin eingeschränkt ist, daß tatsächlich ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muß. Die grundsätzliche Zulässigkeit der formfreieren Einholung einer entsprechenden Rechtsauskunft wird davon jedoch nicht berührt.³²⁾ Selbstverständlich sind dabei die Verfahrensrechte der Parteien zu beachten, namentlich ist ihnen rechtliches Gehör zu gewähren, ohne daß dies aber eine Frage gerade der

↘ 293 RdNr. 27 mit Abdruck des Übereinkommens RdNr. 33 ff.; Otto, IPrax 1995, 299, 302; Schack, RdNr. 632; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 72 ff.

31) Vgl. MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 31; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 44.

32) Wie hier Kindl, ZZP 111, 187 f.; Schack, RdNr. 636; letztlich auch MünchKomm- ZPO/Prütting, § 293 RdNr. 31.

Zulässigkeit eines derartigen Auskunftsverfahrens wäre.

Es handelt sich bei dem Auskunftsverfahren vielmehr um ein in seinem technischen Ablauf normiertes, zulässiges Verfahren außerhalb der Beweisverfahren der ZPO, das nicht zur Erstellung vollständiger Gutachten führt. Insofern ist es zwar kein formloses Verfahren in dem Sinne, daß es keine förmlichen Verfahrensvorschriften gäbe, wohl aber ein formgelockertes Nicht-Strengbeweisverfahren. Wenn von den Gegnern der Einordnung eines solchen Verfahrens als Freibeweisverfahren eingewandt wird, daß die Ermittlung sich nach Belieben innerhalb und außerhalb des Verfahrens vollziehen könne, so trifft das für das Verfahren nach dem Europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen nicht zu. § 1 des Ausführungsgesetzes verlangt ein vor Gericht anhängiges Verfahren als tatbestandliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Auskunftersuchens, so daß die Rechtsermittlung notwendig innerhalb des Verfahrens stattfindet. Insgesamt besteht also eine deutliche Antithese zum bloßen richterlichen Selbststudium einerseits und zum Sachverständigenbeweisverfahren nach der ZPO andererseits, so daß die Auffassung zutreffend ist, das Übereinkommen stelle eine „besonders geregelte Form des Freibeweises“ dar.³³⁾

d) Rechtshilfeordnung in Zivilsachen

Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der Ersuchen um Auskünfte über ausländisches Recht und zwar sowohl nach dem Europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen als auch außerhalb seines Anwendungsbereichs auch die Rechtshilfeordnung in Zivilsachen (ZRHO) vom 19. 10. 956 (in Neufassung 1976 und mit späteren Änderungen).³⁴⁾ Das Ersuchen ausländischer Stellen um Auskunft über dort geltendes Recht wird als Rechtshilfeersuchen im weiteren Sinne behandelt. Die ZHRO enthält hierfür als einheitlich in Bund und Ländern geltende Verwaltungsanordnung nähere Verfahrensvorschriften; sofern nicht das Auskunftersuchen ausnahmsweise von einem Bundesgericht ausgeht, ist § 48 ZHRO einschlägig. Die danach zuständige Landesjustizverwaltung übermittelt das Auskunftersuchen, soweit das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen anwendbar ist. Müßte im übrigen eine Auskunft im Ausland eingeholt werden, so prüft die Landesjustizverwaltung, ob und auf welchem Weg die Auskunft eingeholt werden soll (vgl. § 48 II ZHRO). Da es mithin auch hier vorbestimmte Regeln für die Ermittlung ausländischen Rechts außerhalb der Strengbeweisbestimmungen über das Sachverständigen-gutachten gibt, kann von einem Freibeweis gesprochen werden.

e) Sachverständigenbeweis

Wenn man einmal von dem erwähnten Zweifel absieht, ob die behandelten formlosen oder formgelockerten Auskunftsverfahren überhaupt zulässig sind, könnte man die beweisrechtliche Einordnung vielleicht als „brotlose“ theoretische Frage abtun. „Zum

33) So insbes. ausdrücklich Arens (Fn. 9), S. 17; Schack, RdNr. 632.

34) S. dazu Schack, RdNr. 177; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 40.

Schwur“ kommt es aber, wenn sich das Gericht für die Ermittlung ausländischen Rechts durch Sachverständigenbeweis und damit einem in der ZPO als Strengbeweismittel geregelten Beweis entschließt. Es stellt sich dann nämlich die Frage, ob damit auch die für dieses Beweismittel geltenden Regeln der §§ 355 ff., 402 ff. ZPO zu beachten sind.

Der BGH hatte in seinem grundlegenden Urteil vom 10. 5. 1975 erstmals über die Frage zu entscheiden, ob auf rechtzeitigen Antrag einer Partei ein Sachverständiger, der mit der Ermittlung ausländischen Rechts betraut wurde, gemäß §§ 411 Abs. 3, 402, 397 Abs. 1 ZPO zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens geladen werden muß. Er hat diese Frage bejaht.³⁵⁾ Zwar sei es dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob ein solcher Sachverständigenbeweis erhoben werde, doch habe es die Vorschriften der ZPO zu beachten, wenn es eine solche Beweisaufnahme anordne: Es müsse dann auch den verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 355, 402 ff. ZPO Rechnung getragen werden. Es sei insoweit nicht anders als im Falle des § 287 ZPO (freie Schadensermittlung), wo dem Gericht nur für die Frage der Notwendigkeit einer Beweisaufnahme ein Ermessensspielraum zustehe. Gegen einen solchen Ermessensspielraum bei der Durchführung der Beweisaufnahme spreche auch, daß der Sachverständige mit seinem Gutachten unter Umständen bisher nicht vorgetragene Tatsachen in das Verfahren einführe, die dem Fragerecht der Parteien nicht entzogen werden dürften. Kurz gesagt: Der Bundesgerichtshof hält den Übergang zum Strengbeweisverfahren für erforderlich, wenn sich das Gericht eines der in der ZPO geregelten Beweismittels bedient.

Diese Auffassung hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden³⁶⁾ und zu der erwähnten weiteren Frage geführt, ob nicht sogar die bloße Einholung von Rechtsauskünften unzulässig sei, weil damit eine Umgehung der Beweisvorschriften ermöglicht werde. Nur gelegentlich sind Bedenken geäußert worden,³⁷⁾ die neben einer Kritik der Parallele zu § 287 ZPO im wesentlichen die Praktikabilitätsfrage betreffen. Ich meine, daß der Auffassung des Bundesgerichtshofes schon grundsätzlich nicht gefolgt werden kann. Zunächst spricht schon der Wortlaut des § 293 gegen eine Maßgeblichkeit der Strengbeweisregeln. Wenn das Gericht von den seitens der Parteien beigebrachten Beweise entbunden wird, so bezieht sich das sowohl auf die Art der Beweismittel insgesamt als auch auf den Umstand, daß es hinsichtlich der in der ZPO vorgesehenen Beweismittel

35) BGH NJW 1975, 2142, 2143; bestätigt von BGH NJW 1994, 2959, 2960.

36) Arens (Fn. 9), S. 9 ff.; von Bar, RdNr. 375; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 293 RdNr. 13; Fuchs, RIW 1995, 807; Kindl, ZZZ 111, 190 f. m.w. Nachw.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 29; Musielak/Huber, § 293 RdNr. 6; Otto, IPrax 1995, 299, 304 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113 III; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1379; Stein/Jonas/Leipold, § 293 RdNr. 43 m.w. Nachw.; Zöller/Geimer, § 293 RdNr. 21.

37) Abl. insbes. Geisler, ZZZ 91 (1978), 176 ff.; Linke, Internationales Zivilprozeßrecht, 1990, RdNr. 269, 276; Schack, RdNr. 635 f.; Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, 1985, S. 119 f. Krit. auch Schwartz (Fn. 8), S. 134 f. Ebenso, jedoch im Ergebnis dem BGH zustimmend, Kindl und Otto, a. a. O. (Fn. 36).

keines Beweisantritts bedarf. Daß das Gericht hierzu andere Erkenntnisquellen benutzen und das dazu Erforderliche anordnen kann, läßt jedenfalls keinerlei Bezug auf §§ 355 ff. ZPO erkennen. Es hätte zumindest nahegelegen, für den Fall der Anordnung eines Sachverständigengutachtens auf die dortigen Verfahrensvorschriften zu verweisen.

Die Entstehungsgeschichte des § 293 ZPO ist insoweit für die Auslegung unergiebig, zumal der Beibringungsgrundsatz damals noch stärker ausgeprägt war; heute sind alle Beweismittel außer dem Zeugenbeweis auch von Amts wegen möglich.

aa) Einführung von Tatsachen durch den Sachverständigen

Wenn sich das Gericht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens entschließt, so kommt neben der bloßen Mitteilung des ermittelten Rechts auch in Betracht, dem Sachverständigen die Lösung einer konkreten Rechtsfrage anzutragen: Er würde dann über die Ermittlung der Rechtssätze hinaus diese auf den zu entscheidenden Fall anwenden. Das wird in der Tat bei der Ermittlung des ausländischen Rechts kein seltener Fall sein, indem nämlich dem Sachverständigen nicht lediglich eine abstrakte Frage nach dem fremden Recht gestellt, sondern nach dessen Anwendung auf den mitgeteilten Sachverhalt (Akteninhalt) gefragt wird: Der Sachverständige hat dann die Lösung des Falles nach dem ausländischen Recht darzustellen. Der Bundesgerichtshof³⁸⁾ geht nun davon aus, daß der Sachverständige auf diesem Wege unter Umständen bisher nicht vorgetragene Tatsachen in den Prozeß einführe. Diese Möglichkeit besteht in der Tat beim normalen Sachverständigengutachten hinsichtlich der sog. Befundtatsachen, deren Ermittlung sogar häufig etwa bei technischen Gutachten gerade die Aufgabe des Sachverständigen ist. § 404 a ZPO trägt in einer Neuregelung diesem problematischen Aspekt Rechnung, sichert aber letztlich doch die Verantwortlichkeit des Gerichts für den zu begutachtenden Tatsachenstoff. Bei dem zur Ermittlung ausländischen Rechts herangezogenen Sachverständigen liegen die Dinge grundsätzlich anders. Seine Aufgabe liegt nicht in der Tatsachenermittlung, sondern in der Erfassung und Darstellung des ausländischen Rechts, allenfalls noch konkret in der Anwendung der Rechtssätze auf das vorhandene Tatsachenmaterial. Er soll und darf keine Tatsachen ermitteln, sondern muß an den vom Gericht vermittelten notfalls von diesem zu ergänzenden Sachverhalt anknüpfen. Alles andere wäre ein Verfahrensverstöß, dessen Möglichkeit aber keinen Schluß auf die bei ordnungsgemäßem Vorgehen anwendbaren Verfahrensregeln zuläßt. Soweit eingewandt wird, der Richter könne dem Sachverständigen mangels Kenntnis des anzuwendenden Rechts auch die dafür erforderlichen Tatsachen nicht benennen, so trifft das sicher nicht den Regelfall der Anwendung des § 293 ZPO, wie auch Befürworter der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einräumen.³⁹⁾ Sollte es aus diesem Grund aber doch einmal an den für die Anwendung des fremden Rechts nötigen Tatsachen fehlen, so ist Aufgabe des Sachverständigen keineswegs

38) BGH NJW 1975, 2142, 2143.

39) S. schon Arens (Fn. 9), S. 14 und z.B. Kindl, ZZP 111, 191; Otto, IPras 1995, 299, 305; Stein/Jonas/Münzberg, § 293 RdNr. 44.

die eigene Ermittlung dieser Tatsachen; er hat vielmehr das Gericht zu veranlassen, die betreffenden Tatsachen mitzuteilen bzw. entsprechende Informationen bei den Parteien einzuholen.⁴⁰⁾

bb) Parallele zu § 287 ZPO

Die gedankliche Nähe zum gewöhnlichen Sachverständigengutachten über Tatsachen scheint auch der vom Bundesgerichtshof zu § 287 ZPO gezogenen Parallele zugrunde zu liegen. Indessen stimmt diese Parallele nicht, weil beide Vorschriften ganz unterschiedlich strukturiert sind.⁴¹⁾ § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO gibt dem Gericht ein Entschließungsermessen hinsichtlich der Frage, ob überhaupt Beweis (z.B.) durch Sachverständigengutachten erhoben werden soll. Die Vorschrift bildet eine Ausnahmebestimmung über das Beweismaß, indem sie dieses gegenüber § 286 ZPO herabsetzt.⁴²⁾ Entschließt sich das Gericht zur Beweiserhebung, so macht es von der Beweiserleichterung gerade keinen Gebrauch. Da § 287 ZPO aber keine Sonderregel hinsichtlich der Frage enthält, wie ein dennoch angeordneter Beweis zu erheben ist, gibt es dann auch keinen Anlaß, für einen zu erhebenden Beweis von den allgemeinen Regeln des Strengbeweises abzuweichen, d.h. es gelten die Strengbeweisregeln der ZPO. Es ist daher konsequent, wenn die Rechtsprechung im Falle der Beweiserhebung im Rahmen des § 287 ZPO den Parteien das Recht auf Ladung des Sachverständigen zugesteht.

Im Falle der Ermittlung unbekannter Rechtssätze räumt demgegenüber § 293 ZPO dem Gericht gerade kein Ermessen hinsichtlich der Frage ein, ob Beweis zu erheben ist, sondern lediglich ein Auswahlermessen hinsichtlich des „wie“, also der Beweismittel. In diesem Bereich aber ist das Gericht, anders als bei § 287 ZPO, frei, „auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen“.⁴³⁾

cc) Bedeutung der verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 355, 402 ff. ZPO.

Für die verfahrensmäßige Behandlung der nach § 293 ZPO gewählten Beweismittel läßt sich zunächst feststellen, daß die Strengbeweisregeln der §§ 355, 402 ff. ZPO auf Tatsachen, nicht aber auf Rechtsnormen zugeschnitten sind. Jenseits dieses eher formalen Arguments muß aber entscheidend sein, ob die Versagung einer Anwendung dieser Vorschrift insbesondere des Rechts der Parteien, die Anhörung des Sachverständigen zu beantragen auch sachgerecht erscheint.

Die Pflicht des Gerichts zu amtswegiger Ermittlung ausländischen Rechts schafft die Möglichkeit, das durch die Kollisionsnormen für maßgeblich erklärte Recht auch anwenden zu können. Sie verhindert eine prozessuale Aushebelung der Geltung der ausländischen

40) Zutreffend Schack, RdNr. 635.

41) So zu Recht schon Geisler, ZZZ 91, 185; Kindl, ZZZ 111, 190; Otto, IPrax 1995, 304. A. A. allerdings Arens (Fn. 9), S. 10 f.

42) Grundlegend Arens, ZZZ 88 (1975), 1, 27 ff.; Schilken, RdNr. 490 m.w. Nachw.

43) So der ausdrückliche Wortlaut des § 293 ZPO; anders aber die Interpretation von Otto, IPrax 1995, 299, 305.

Rechtsnorm. Hier findet der Grundsatz des „iura novit curia“ seine Fortsetzung: Wie beim deutschen Recht bleibt das Gericht für die Auswahl und Anwendung auch der ausländischen Normen verantwortlich. Es hat, wie es das Reichsgericht⁴⁴⁾ bereits bemerkt hat, „nötigenfalls auch gegen den selbstsüchtigen Willen beider Parteien“ das Rechtsverhältnis unter Ausschöpfung aller einschlägigen Rechtsvorschriften der *lex causae* zu beurteilen.⁴⁵⁾ Es wiederholt sich auch in diesem Bereich die für die ZPO maßgebliche Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gericht: „Da mihi facta, dabo tibi ius“. Hält es das Gericht aufgrund des ihm nach § 293 ZPO zustehenden Ermessens für erforderlich, den Sachverständigen zum Zwecke eigener Überzeugungsbildung anzuhören, so sollte dies allerdings zweckmäßiger Weise in Anwesenheit der Parteien geschehen. Indessen haben die Parteien keinen Anspruch auf Teilhabe an der Rechtsfindung über dasjenige hinaus, was bei Anwendung des deutschen Rechts geboten ist. Folglich haben sie auch kein Recht auf Ladung des Rechtssachverständigen, dessen Aufgabe nur darin besteht, dem Gericht zu seiner Überzeugungsbildung die erforderliche Rechtskenntnis zu vermitteln. Das Gericht ist vielmehr in seinem Beweisverfahren frei und kann im Rahmen seines Ermessens ohne Anhörung des Rechtssachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens entscheiden, falls es bereits seine sichere Rechtsüberzeugung gewonnen hat; in Zweifelsfällen wird ohnehin meist die schriftliche Ergänzung des Gutachtens durch den Sachverständigen sachdienlicher sein als dessen persönliche Anhörung.⁴⁶⁾

Unberührt von diesen Folgen des Freibeweisverfahrens bleiben selbstverständlich die Regeln, die das Gericht allgemein im Hinblick auf das Gebot der Wahrung rechtlichen Gehörs zu beachten hat.⁴⁷⁾ Dieser Anspruch umfaßt allerdings nicht nur den Tatsachenbereich, sondern auch die Ermittlung und Anwendung des Rechts. § 139 ZPO sieht in Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich vor, daß das Gericht das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern hat. Nach ganz überwiegender Auffassung besteht zwar kein Anspruch der Parteien dahin, daß das Gericht mit ihnen über Einzelheiten der Rechtsanwendung spricht; eine Verpflichtung zum Rechtsgespräch kann jedenfalls nicht generell bejaht werden.⁴⁸⁾ Immerhin wird das Gericht aber im Falle des § 293 ZPO den Parteien das Ergebnis seiner Ermittlungen mitzuteilen haben, damit sie sich dazu äußern können. Jedenfalls ist das Verbot von Überraschungsentscheidungen zu beachten, wie es § 278 Abs. 3 ZPO normiert. Diese Regeln gelten aber im Prinzip gleichermaßen für die Anwendung deutschen Rechts und ändern nichts an der Qualität des Rechtsbeweisverfahrens als Freibeweis und seiner erleichterten Beweisanforderungen. Anderenfalls würde auch das erwähnte Europäische

44) RG JW 1936, 2058, 2059.

45) S. nur von Bar, RdNr. 373, 375.

46) Zutreffend Schack, RdNr. 636.

47) S. dazu nur Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1994, § 11, insbes. RdNr. 136 ff.

48) Ausführlich Schilken (Fn. 47), RdNr. 141.

Rechtsauskunftsübereinkommen entwertet, weil mangels Ladungsfähigkeit der ausländischen Auskunftsperson allein die Einholung eines Sachverständigengutachtens ermessensfehlerfrei wäre.

C. Weitere Probleme

Im Rahmen des § 293 ZPO stellen sich diverse weitere Probleme, die hier aus Zeitgründen nicht behandelt werden können. Zu nennen ist etwa die revisionsgerichtliche Kontrolle,⁴⁹⁾ die de lege lata für das ausländische Recht gemäß § 549 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist, während aber die fehlerhafte Anwendung des § 293 ZPO namentlich: unzureichende Ermittlung des ausländischen Rechts mit der Revision gerügt werden kann. Hier ergeben sich deutliche Abgrenzungsprobleme mit der m.E. zu begrüßenden Tendenz, jedenfalls de lege ferenda zu einer Revisibilität auch ausländischen Rechts zu gelangen.

Eine weitere Frage geht dahin, wie zu entscheiden ist, wenn das fremde Recht trotz Ausschöpfung der Möglichkeiten des § 293 ZPO nicht ermittelt werden kann. Nach der Rechtsprechung sind dann die Sachnormen des deutschen Rechts anzuwenden, während in der Literatur differenzierende Ansichten vertretbar werden.⁵⁰⁾

Lassen Sie mich in letzterem Zusammenhang, dessen vertiefte Diskussion den Rahmen des Vortrages sprengen würde, wenigstens noch in ein paar Sätzen auf ein Sonderproblem eingehen, für das die Einordnung des Verfahrens nach § 293 Satz 2 ZPO als Freibeweis ebenfalls Konsequenzen hat. Auch für die unterschiedlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist anerkannt, daß das Gericht ausländisches Recht nach den Kollisionsregeln anwenden muß.⁵¹⁾ Hier kollidiert freilich häufig die Eilbedürftigkeit des Verfahrens mit der eher zeitraubenden Pflicht des Gerichts, das anwendbare ausländische Recht zu ermitteln. Als Grundregel abzulehnen ist der Lösungsvorschlag, die Rechtsermittlung im Rahmen des § 293 ZPO auf präsenste Beweismittel zu beschränken und damit die Regeln über die Glaubhaftmachung von Tatsachen (§ 294 ZPO) entsprechend heranzuziehen. Entgegen dem Prinzip „iura novit curia“ würde danach dem Antragsteller die Last der Glaubhaftmachung, d.h. aber eine Beweislast auferlegt werden. Andere Lösungsvorschläge sehen bei Schwierigkeiten der raschen Ermittlung des ausländischen Rechts den Rückgriff auf die lex fori, d.h. das deutsche Recht vor, oder favorisieren eine die Rechtslage offenlassende Entscheidung nach Interessenabwägung. Auch diese Vorschläge

49) S. dazu aus neuerer Zeit ausführlich Kindl, ZZP 111, 192 ff.; Schack, RdNr. 645 ff.; Schwartze (Fn. 8), S. 137 ff.; Spickhoff, ZZP 112, 274 ff. m.w. Nachw.

50) Vgl. zu dieser Problematik zuletzt eingehend Kindl, ZZP 111, 195 ff. m. umfangr. Nachw.; Schack, RdNr. 637 ff. m.w. Nachw.; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1382 f.

51) S. dazu und zum Folgenden aus letzter Zeit ausführlich Kindl, ZZP 111, 184 ff.; MünchKommZPO/Prütting, § 293 RdNr. 56; Schack, RdNr. 627 und IPraz 1995, 158, 160 f.; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1381 f.

setzen aber die Pflicht des Gerichts zur Rechtsermittlung außer Kraft. Jedenfalls wird man vom Gericht verlangen müssen, daß es alle Möglichkeiten nicht nur präsen te Mittel anwendet, um das anzuwendende Recht kurzfristig zu ermitteln. Im Rahmen des nach meiner Lösung über § 293 Satz 2 ZPO vorgesehenen Freibeweises kann man dabei durchaus daran denken, die telefonische Auskunft eines Rechtssachverständigen oder einer Auskunftsperson/-behörde einzuholen, während schriftliche Auskünfte/Gutachten im Regelfall ausscheiden werden. Sind diese Wege nicht gangbar, so zwingt allerdings die Besonderheit des Eilverfahrens zu einer systemfremden Lösung. Nur für diesen Fall halte ich die Auffassung⁵²⁾ für vorzugswürdig, die dem Antragsteller die Folgen der Beweislosigkeit auferlegt: Immerhin verlangt § 920 Abs. 2 ZPO eine Glaubhaftmachung „des Anspruchs“, eine Glaubhaftmachung, die sich zwar in erster Linie auf die anspruchsbegründenden Tatsachen bezieht, die man aber dann ausnahmsweise auf das ausländische Recht erstrecken kann, aus dem der Anspruch sich ergeben soll. Der Rechtsschutzantrag ist dann zurückzuweisen.

D. Ergebnis

Ich gelange also in der zentralen Frage meiner Untersuchung zu dem Ergebnis, daß das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts auch dann nicht die Regeln des Strengbeweises zu beachten hat, wenn es sich zur Einholung eines Sachverständigengutachtens entschließt. Damit ist zugleich endgültig auch die oben angesprochene Frage verneint, ob ein formloses oder formgelockertes Rechtsauskunftsverfahren im Hinblick auf die Umgehung der Strengbeweisregeln unzulässig ist. Unzutreffend ist auch die Aussage, die Ermittlung von Rechtssätzen im Rahmen des § 293 ZPO entziehe sich einer klaren Systematik. Alle nach § 293 ZPO möglichen Beweisverfahren sind Fälle des Freibeweises. Diese Regeln gelten auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; bleibt dort das ausländische Recht unter Berücksichtigung der Eilbedürftigkeit unaufklärbar, so ist der Antrag zurückzuweisen.

52) So, jedoch nicht auf den genannten Ausnahmefall beschränkt, z.B. OLG Frankfurt NJW 1969, 991 und RIW 1990, 225; Stein/Jonas/Leipold, RdNr. 56 a m.w. Nachw. Wie hier („als letzter Ausweg“) Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. 1997, S. 376.